



---

## O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL E A DEMOCRATIZAÇÃO DA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS

---

Daniel Mota Gutiérrez<sup>1</sup>

Lincoln Mattos Magalhães<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo investiga particularidades que envolvem a aplicação do princípio constitucional do contraditório sob o enfoque da construção democrática dos pronunciamentos judiciais no ambiente da tutela coletiva de direitos, examinando suas semelhanças e diferenças em relação ao processo civil clássico (liberal), bem assim suas possibilidades e limitações no contexto da legitimidade coletiva diferenciada, em especial, diante da não-coincidência entre os habilitados legais à propositura da demanda de massa, e os respectivos titulares dos interesses materiais em conflito.

### PALAVRAS-CHAVE

Processo Civil Coletivo; Contraditório; Democratização; Tutela Coletiva; Legitimação Diferenciada.

### ABSTRACT

This essay investigates particularities of the application of the constitutional principle of the contradictory approach to the democratic construction of judicial pronouncements in the context of the collective tutelage of rights, examining their similarities and differences in relation to classic (liberal) civil procedure, and so its possibilities and limitations in the context of the differentiated collective legitimacy, especially in the face of the non-coincidence between the authorized legal ones to the proposal of the mass demand, and the respective holders of the material interests in conflict.

### KEY WORDS

Collective Civil Procedure; Contradictory; Democratization; Collective Guardianship; Differentiated legitimacy

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) - Fortaleza, Ceará, Brasil. Advogado E-mail: dgutierrez@uol.com.br.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) - Fortaleza, Ceará, Brasil. Especialista em Direito processual Civil pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) Advogado. E-mail: lincolnmagalhaes@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

Em 13 de dezembro de 1968, o então Presidente da República, Arthur Costa e Silva fez publicar na imprensa oficial o Ato Institucional (AI) nº 05, em provável resposta ao discurso do à época Deputado Márcio Moreira Alves, que, a 02 de setembro do mesmo ano, em pronunciamento na tribuna do Plenário da Câmara Federal, conclamou a população brasileira a um boicote coletivo às comemorações do dia da independência, como forma de protestar pelo fim do militarismo político e em defesa da restauração da democracia.

Na agenda do chamado “AI-5”, medidas como a censura prévia das artes e da imprensa, a suspensão do *habeas corpus* para crimes de motivação de política, e a atribuição de competência ao Chefe do Executivo Federal para fechar o Congresso Nacional e as Assembléias Legislativas<sup>3</sup>, marcaram o que provavelmente tenha sido o período de maior centralização e fechamento político de nossa recente história republicana.

Sob esse pano de fundo, o Código de Processo Civil (CPC) de 1973 nasceu num ambiente de austeridade e de exceção democrática, encampando as premissas de seu tempo, e refletindo, no espírito de suas normas, as características de uma sociedade formal e individualista, e as aspirações de um Estado liberal e autoritário.

Eram tempos de polarização na política internacional. Estados Unidos e União Soviética dividiram o mundo em duas partes aliciando as nações no entorno de seu imperialismo ideológico. Os meios de comunicação eram precários, a indústria era em grande parte artesanal e os computadores eram peças de uma realidade ainda distante e incipiente.

Não havia *internet*, *notebooks*, ou *smartphones*, e a TV em cores, então recém-chegada no Brasil, representava um adorno, ou artigo de luxo, pouco acessível, e restrito às famílias mais abastadas. As relações humanas se desenvolviam de forma localizada e presencial, e os correios eletrônicos e redes sociais só existiam, quiçá, na criatividade dos filmes e livros de ficção científica.

O mundo, no entanto, mudou freneticamente nos anos que se seguiram, assim como é outro o modelo e o conceito de sociedade em relação àquele para o qual o mencionado código processual foi idealizado e instituído.

---

<sup>3</sup> Durante o AI-5, o Presidente da República fechou o Congresso nacional em duas oportunidades: uma por ocasião da própria edição do normativo, em 13 de dezembro de 1968, e outra em 13 de abril de 1977, em razão da implantação do chamado pacote de abril;



Ao passo em que a população global quase que dobrou em menos de quarenta anos, passando de 3,9 bilhões de habitantes em 1975, para os atuais 7,6 bilhões de indivíduos, o tecido social que envolve a sociedade moderna de há muito não é mais o mesmo. A velocidade, a simplificação (padronização) e a tecnologia são hoje, talvez, os principais valores a pautar a forma como as pessoas se expressam e relacionam, e o modo como a informação circula e é veiculada.

No Brasil, com efeito, o conjunto de tais transformações se fez mais evidente, sobretudo, no último quarto do século XX, mais acentuadamente no compasso histórico do processo de redemocratização após 1985, e com a ascensão, entre os brasileiros, de uma cultura político-filosófica neoliberal, que levou ao rompimento com os padrões do liberalismo clássico e a percepção da necessidade de se assegurar a proteção de valores sociais em âmbito político e normativo (GRINOVER, 2007).

Nesse contexto e nessa conjuntura surgem como reflexos de uma sociedade complexa e massificada, os chamados “interesses coletivos e difusos” compreendidos, em primeira análise, como aspirações suscetíveis de apropriação complexa e sistematicamente referidas e vocacionadas à realização da qualidade de vida geral.

Esse fenômeno acenou para um novo modo de pensar a ciência processual clássica, revelando, desde sua inicial percepção, a insuficiência do sistema de tutela de direitos e dos meios de proteção das liberdades individuais<sup>4</sup>. Os conflitos de massa entram definitivamente no radar das preocupações do estado e da sociedade, exigindo uma adequação das técnicas, dos instrumentos e das categorias formais até então disponíveis.

Inobstante a tutela adequada de tais interesses demande certamente a estruturação de uma base normativa e principiológica que lhe seja peculiar, ela não escapa, por outro lado, de uma principiologia constitucional processual comum. Há, assim, um rol essencial de princípios cuja amplitude universal alcança não apenas o processo civil clássico, mas, igualmente, e em essência, o que se convencionou chamar de “processo coletivo”. Isso não quer dizer que os princípios constitucionais do processo apresentem necessariamente a mesma e exata configuração e amplitude quando aplicados no âmbito da tutela individual e coletiva.

---

<sup>4</sup> Hugo Nigro Mazzilli destaca que, na Europa, as críticas à inadequação do sistema tradicional para servir à proteção de interesses metaindividuais remonta aos anos de 1970. Segundo o autor diversos trabalhos de Mauro Capelletti, Vittorio Denti e Vincenzo Vigoritti evidenciaram a insuficiência do processo civil clássico para resolver problemas de legitimidade para agir, competência, intervenção de terceiros, coisa julgada e execução em matérias que envolvessem a defesa de grupos (MAZILLI, 2015, p.331-362).

Na esteira de tal afirmação, mas estabelecendo o contraditório como referencial de recorte, este ensaio pretende investigar os pormenores e singularidades que envolvem a aplicação do referido princípio, sob o enfoque específico da construção dos pronunciamentos judiciais no ambiente da tutela jurisdicional coletiva.

O estudo a ser aqui desenvolvido se organiza em três etapas. A primeira cuida da formatação normativa do contraditório na Constituição de 1988, e no CPC de 2015, abordando o viés substancial do instituto como fator de concretização de um Acesso à Justiça mais participativo e democrático.

A segunda trata, por sua vez, das semelhanças, diferenças, aproximações e distanciamentos que envolvem a aplicação do contraditório nas demandas individuais e no processo civil destinado à tutela de interesses coletivos e difusos.

A terceira e última parte analisa a aplicação do contraditório na perspectiva da legitimação coletiva diferenciada, investigando se é possível, sob uma ênfase democrática, conferir efetividade máxima ao mesmo princípio nesse modelo de processo, diante da não-coincidência entre os habilitados legais à propositura da demanda, e os respectivos titulares dos interesses materiais em conflito.

## **1 CONFLITUOSIDADE DE MASSA E A TUTELA ADEQUADA DOS INTERESSES COLETIVOS**

Como dito na apresentação, o aparecimento de uma nova categoria de interesses jurídicos suscetíveis de titularidade complexa e permeáveis à possibilidade de violação em massa descortinou a insuficiência do sistema processual clássico, baseado no individualismo da contraposição formal cartesiana entre as figuras do autor e do réu.

Essa realidade, amplamente reconhecida, aliás, no próprio texto constitucional de 1988, associada à tradição formalista presente em nossa legislação, desafiou a instituição de mecanismos normativos pontuais de ajustamento, voltados a estabelecer conceitos, definir critérios e adaptar técnicas processuais existentes, no sentido de capacitar o processo à resolução de disputas cujo perfil escapasse da configuração binária convencional disciplinada no CPC de 1973.

Sob essa perspectiva, surgiram, entre outros diplomas, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e o Código de

Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), sendo que este último, além de integrar o chamado *microsistema de tutela coletiva* (expressão que, embora não infensa a críticas<sup>5</sup>, desfruta ainda de amplo prestígio na jurisprudência e na doutrina), estabeleceu uma tipologia padrão para identificar a gênese e as características dos direitos transindividuais, agrupando-os em três segmentos distintos, conforme a dicção de seu art. 81, incisos I, II e III, a saber:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Tal classificação, contudo apesar de amplamente incorporada ao vocabulário jurídico empírico, não espelha com fidelidade a compleição dos conflitos e disputas que resultam da violação desses direitos, ignorando, pois, o fato, de que as lides coletivas exibem graduações distintas de complexidade, que as impedem de receber o mesmo tratamento e de se subordinar a um mesmo regime jurídico.

Nesse ponto, a regra estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, tanto para definir os direitos coletivos e difusos, quanto para designar o que são direitos individuais homogêneos, chega a ser tautológica.

Afinal, se o que diferencia essa categoria de direitos é exatamente a dificuldade ou a inviabilidade de se identificar quem sejam os seus titulares e em que extensão eles se relacionam entre si e com o correspondente objeto, logo, a dicção normativa acima transcrita – ao agregar a indeterminação subjetiva de sua titularidade ao núcleo de seus respectivos conceitos - em pouco ou em quase nada contribui para a evolução e para o aprofundamento de algum estudo nesse particular (LIMA, 2015).

---

<sup>5</sup> Marcelo Abelha Rodrigues considera insustentável falar-se atualmente nem em microsistema processual coletivo, nem processo coletivo como ramo autônomo do direito processual. Para ele, o atual CPC é muito mais adequado e eficiente para uma tutela direta dos interesses coletivos, do que o próprio arcabouço legislativo que até 2015 serviu de base a esse propósito. Embora ele reconheça que existe, sim, um procedimento especial para tutelas coletivas fruto de uma combinação entre a Lei de Ação de Civil Pública e a parte final do Código de Defesa do Consumidor, mas que se acha já obsoleto em diversos aspectos, o que, no seu entender, impõe a aplicação imediata da lei geral do CPC, em benefício da própria proteção jurisdicional. (RODRIGUES, 2017, p. 6-7)

Tome-se como ilustração, a propósito, um ilícito decorrente de publicidade falsa ou maliciosa acerca de um determinado produto. Seria ingênuo supor, com efeito, que o prejuízo daí resultante afetasse a todos os consumidores desse mesmo produto em igual medida e em idêntica proporção. Uns, aliás, sequer seriam atingidos. Outros, talvez sim, mas em extensões diversas, a depender do modo como receberam, como se comportaram e como reagiram à informação.

A prática, nesse ponto, não só é pródiga de exemplos, mas é igualmente repleta de ilustrações que evidenciam não só diferenças de graus de violação jurídica entre diversos virtuais interessados, mas, em alguns casos, uma verdadeira contraposição global de interesses.

Algo assim aconteceu recentemente quando o Ministério Público Federal no Ceará (MPF-CE) ajuizou, em 2005<sup>6</sup>, uma Ação Civil Pública, cujo objeto consistia na demolição dos bares, restaurantes e barracas instalados na orla marítima da localidade denominada “Praia do Futuro”.

Registre-se, por oportuno, que a decisão obtida nos autos da referida ACP possui o prazo de dois anos para ser cumprida e potencialmente irá atingir 153 empresários e os cinco mil funcionários desses, além do próprio Município de Fortaleza, conhecido por abrigar destino de intensa vocação turística.

Em tal hipótese, paralelamente à demanda, surgiu um conflito real e efetivo de interesses entre grupos que encapavam a proposição do agente coletivo legitimado, por entenderem que a situação de fundo realmente causava danos ao meio ambiente, e segmentos outros da sociedade, que defendiam a manutenção dos estabelecimentos sob a alegação de que estes, além de estarem inseridos na paisagem cultural da cidade, ajudavam a fomentar a economia local, atraindo turistas e gerando emprego, renda e oportunidades de negócio.

Essa constatação, aliás, se por um lado revela a multipolaridade intrínseca às demandas de massa, por outro conduz à pelo menos três espécies de inquietações: a primeira é que embora o conteúdo da relação jurídica massificada originária seja, por definição, indivisível, os interesses derivados de cada titular dos respectivos direitos assumem feições distintas que eventualmente (ou frequentemente) não se conformam a uma solução linear e

---

<sup>6</sup> A petição inicial do MPF pode ser acessada no seguinte endereço eletrônico: <http://www.mpf.mp.br/ce/atuacao/forum-praia-do-futuro/arquivos-do-forum/praiado-futuro-conflito-judicial-documentos.pdf>



uniformizada; a segunda é que, nas situações em que sequer há uma relação jurídica-base originária (direitos individuais homogêneos), o vínculo entre os titulares do respectivo direito se estabelece por circunstâncias de fato muitas vezes acidentais e mutáveis, o que inviabiliza, ou, no mínimo, dificulta a identificação de um interesse comum a todos; e a terceira, que talvez seja a mais notória, é que os direitos coletivos, a despeito da categoria em que se enquadram, não pertencem (ou não exclusivamente) ao agente legitimado para figurar na demanda coletiva, de modo que a forma de atuação deste em juízo naturalmente repercute para além dos domínios de sua própria esfera jurídica.

Refletir sobre esses fatores e buscar respostas sustentáveis e ao mesmo tempo compatíveis com a realidade dos conflitos de massa, é um desafio permanente da ciência processual cuja superação, decerto, exige mais do que simplesmente conhecer seus conceitos, ou dominar a utilização e o manuseio de suas respectivas técnicas. Pensar essa espécie diferenciada de tutela é, antes de tudo, assimilar sua natureza complexa, e identificar critérios que permitam a irradiação ampla e democraticamente adequada de seus efeitos e potencialidades.

Nesse contexto, sobreleva, em função do recorte deste ensaio, a relevância do princípio do contraditório, à luz de sua vocação instrumental na coordenação e na interlocução entre a atividade dos sujeitos processuais e a construção dos pronunciamentos decisórios.

Em especial nos domínios do modelo de processo ora em questão a análise e o enfrentamento do princípio do contraditório revelam-se como premissas possivelmente aptas - mercê da intensidade normativa que se consiga extrair do mesmo instituto - a viabilizar o difícil diálogo entre a técnica da tutela coletiva e o marcos teórico de um estado democrático de direito.

## 2 O CONTRADITÓRIO NO NOVO CPC

No tópico anterior, discutiu-se sobre a tipologia dos conflitos sociais envolvendo interesses de massa, identificando-se o surgimento dessa nova categoria de direitos como um dos principais fatores - senão o mais expressivo - a revelar a insuficiência do sistema convencional de proteção aos direitos.

Debateu-se, de igual modo, a dificuldade de conferir tratamento adequado a essas formas de disputas, em razão da própria diversidade dos interesses subjacentes, os quais, ou



por assumirem feições diferentes, a depender de sua origem, ou porque o vínculo que os relaciona é no mais das vezes acidental e mutável, reclamam modelos distintos de reparação, não se conformando com a uniformidade decisória decorrente da indivisibilidade de seu objeto.

Finalmente, abordou-se a importância do princípio do contraditório como mecanismo mediador de tal problemática, apontando-se, no plano hipotético, a especial dificuldade de se garantir a real e efetiva construção democrática dos provimentos jurisdicionais coletivos e difusos, em razão da não-correspondência subjetiva entre seus titulares e os agentes legalmente legitimados para exigí-los.

Em observância à opção metodológica proposta no início, a análise do instituto se dá mediante um recorte essencialmente dogmático, sem, no entanto, perder-se de vistas, ou deixar-se de tomar em consideração aspectos notadamente teóricos do respectivo conceito.

Dito isso, uma observação inicial se faz imprescindível: o princípio do contraditório tem assento expresso na Constituição Federal, no capítulo reservado à exposição dos direitos e garantias fundamentais.

Reza, com efeito, o art. 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, que, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Cuida-se, pois, o contraditório de um inequívoco direito fundamental constitucional, cujo conteúdo serve, por sua vez, à concretização direta da garantia do devido processo legal substantivo.

Tal afirmação, com efeito, embora não reflita propriamente uma novidade, é amplamente pródiga de significado. Numa democracia, pois, dizer que um instituto tem natureza de direito fundamental – como é o contraditório – é considerá-lo um direito de resistência em favor do cidadão contra o autoritarismo do Estado no exercício do poder.

No ambiente do processo democrático, com efeito, em que pese o contraditório seja tradicionalmente percebido apenas como uma espécie de fio condutor do debate horizontal entre as partes (contraditório dialético como direito de ciência e de reação), ele, acima disso, constitui uma ferramenta de controle da atividade do juiz, na condição de agente do poder do Estado.





Sob esse enfoque, e atento ao viés substantivo reconhecido pela Constituição de 1988 ao contraditório, o CPC de 2015, em sua parte geral, instituiu pelo menos quatro disposições sensivelmente comprometidas com essa orientação, a saber, os artigos 7º, 9º, 10º e 489, parágrafo 1º:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. (...)

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 489. (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A análise contingenciada de tais dispositivos encerra uma espécie de arco de completude sobre a compreensão dogmática do contraditório no processualismo atual. Seu conteúdo, com efeito, abrange as garantias de ciência e reação (art. 7º), de paridade de armas (art. 7º), de escuta prévia (art. 9º), de participação ativa (art. 10º), de vedação às "decisões-surpresa" (art. 10º) e de efetiva influência na construção dos pronunciamentos decisórios (arts. 10º e 489, § 1º).

Sob tal enfoque, o CPC de 2015, portanto, não só prestigia o tradicional viés horizontal do contraditório (GRECO FILHO, 1996, p. 90), reafirmando-o como mecanismo garantidor do debate amplo, transparente e igualitário entre os sujeitos do processo, como acrescenta elementos novos ao respectivo conceito, para fins de adequá-lo ao modelo de comparticipação que envolve a própria base normativa do mesmo instituto.

Nesses termos, para além de um instrumento cingido a regular a relação entre partes e garantir o exercício da ampla defesa, o novo CPC, sem suprimir esse alcance, orientou o princípio do contraditório a atuar numa perspectiva essencialmente democrática, como mecanismo de redução do protagonismo judicial clássico e de equilíbrio e uniformização de forças entre os diversos atores da cadeia processual<sup>7</sup>.

A configuração normativa dada ao contraditório pelo novo CPC consolida um ganho sistêmico de larga magnitude, conferindo autoridade ao discurso argumentativo e probatório das partes, e lhes garantindo “a certificação de que a decisão judicial seguirá rumo previsível, alheio a surpresas e a raciocínios solipsistas” (STRECK *et al.*, 2014, online).

### 3 TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA E CONTRADITÓRIO

Como dito em outra passagem, o assento constitucional que abriga o contraditório evidencia sua qualidade tanto de direito fundamental, quanto de princípio universal pertencente à Teoria Geral do Processo.

Sua aplicação, nesse contexto, é ampla e irrestrita a qualquer modalidade de processo ou de procedimento, comum, especial, judicial ou administrativo.

Contudo, assim como se dá em relação a outros princípios de abrangência igualmente global, a incidência do contraditório no processo coletivo atende a uma dinâmica própria e a uma metodologia diferenciada.

Natural que assim seja, com efeito, em razão de duas características que envolvem esse tipo de expediente (processo coletivo). São elas: a relevância normalmente transcendental de seu objeto; e a não-coincidência entre o legitimado coletivo e os titulares do respectivo direito material subjacente.

Sob o prisma essencialmente horizontal e dialético, inicialmente, dificuldade nenhuma atrai a compreensão do funcionamento do contraditório nos foros da tutela coletiva. Nesse aspecto, é bem provável até que suas aproximações com o marco teórico do processo civil clássico sejam certamente maiores e em maior número do que seus distanciamentos.

---

<sup>7</sup> Rui Cunha Martins, a propósito do tema, expõe que, num Estado Democrático de Direito é a democraticidade que deve ser o valor absoluto a servir de referência para os demais princípios processuais. Segundo o autor português, o mais importante não é verificar se o processo será rápido, mas sim se ele resultou de um procedimento democrático. (MARTINS, 2010, p. 94).



De fato, não parece haver, em espécie, nenhuma distinção importante entre os processos individual e coletivo, no que toca às manifestações do contraditório como direito fundamental de ciência, de reação e de paridade de armas.

Atualmente, todavia, como já igualmente frisado, o conceito tradicional de contraditório não se restringe mais aos elementos *informação* e *possibilidade de reação*. Afinal de contas, “que sentido tem, de fato, dar-se às partes o direito de informar-se e de reagir, se ao juiz for dado pura e simplesmente ignorar o material produzido pela atividade das partes?” (ALVIM, 2011, p. 534).

Por esse motivo, percebeu-se a necessidade de se agregar um terceiro elemento à noção de contraditório, na intenção de torná-lo verdadeiramente efetivo: o chamado poder de influência, cuja funcionalidade é exatamente conferir aos sujeitos do processo o direito de participar ativamente da construção dos provimentos.

Esse novo componente do contraditório, no entanto, também não é exclusividade do processo coletivo, nem é mais importante ou indispensável para este do que para o processo individual. Em ambos a construção compartilhada das decisões é, atualmente, um imperativo inexorável que pressupõe a própria de legitimação democrática dos atos decisórios.

Na prática, contudo, embora se reconheça e se ratifique o poder de influência como um aspecto também universal e, hoje, indissociável do conceito de contraditório, sua virtual não observância pelo juiz parece ser amplamente mais impactante quando o objeto da tutela é um interesse transindividual. A propósito:

Se for para levar a sério o princípio do contraditório, qualquer reação, independentemente da natureza do direito ou do processo, deve ser apta a influenciar a formação do convencimento do juiz. No processo coletivo, entretanto, o estrago da ineficácia da reação do autor coletivo será bem mais amplo em termos subjetivos – objetivamente o prejuízo é sempre o mesmo -, o que pode justificar um maior cuidado do juiz com as manifestações do autor coletivo na formação de seu convencimento (NEVES, 2016, p. 123).

De igual modo, o CPC de 2015, na perspectiva de ampliar a efetividade do contraditório e tornar o processo mais democrático e participativo, agregou, em seu art. 10, além do direito de influência e de participação na preparação dos julgamentos, uma espécie de cláusula legal de proibição à chamada “decisão-surpresa”.

Segundo o mesmo dispositivo, transcrito no tópico anterior, o juiz, além de estar obrigado a levar em considerações todos os argumentos dos sujeitos processuais, não pode

proferir decisão com fundamento em matéria sobre a qual não tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar.

Quanto à afetação dessa norma (art. 10 do CPC) ao universo dos conflitos de massa, uma questão fundamental vem inevitavelmente à tona. Indaga-se, nesse contexto, se a garantia de participação discursiva assegurada pelo contraditório na formação do convencimento judicial é limitada às “partes” do processo em sentido formal, ou se estende aos próprios titulares dos interesses em disputa<sup>8</sup>.

Ou, em outras palavras, o princípio do contraditório, no ambiente do processo democrático, se dá por satisfatoriamente atendido se a decisão judicial se permitir influenciar apenas pelos argumentos dos sujeitos legitimados?

Refletir sobre essa questão na tentativa de apontar respostas será o objeto do próximo e último tópico.

#### **4 CONTRADITÓRIO E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA TUTELA COLETIVA**

Na verificação do que seja um modelo democrático de processo civil, tem sido comum, na doutrina, se empregar elementos da Teoria de Jürgen Habermas, como referencial metodológico.

Em grande parte para superar o problema majoritário-representativo decorrente do fato de os juízes não serem submetidos a escrutínio popular<sup>9</sup>, a aposta no argumento discursivo-procedimental de Habermas parece de fato servir com bom encaixe à explicação do fenômeno processual sob o aspecto da legitimação democrática dos atos decisórios.

Habermas, em suma, compreende democracia como “um modelo de deliberação política formado por um conjunto de pressupostos teórico-normativos que incorporam a

---

<sup>8</sup> Questão amplamente já problematizada, mas que não necessariamente toca ao objeto deste ensaio, senão apenas de modo reflexo (ou sob o prisma oposto), diz respeito à situação de aparente de colisão entre o princípio do contraditório e eficácia ultra subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas. Willis Santiago Guerra Filho discorreu sobre o tema, indagando se o transcendentalismo dos efeitos sentençais numa demanda de grupo ofende o contraditório, na medida em que atinge pessoas que não participaram da lide, e não puderam interferir na construção de seu resultado (GUERRA FILHO, 2005, p. 320-324).

<sup>9</sup> A título de solucionar a questão da crise de legitimidade democrática das decisões judiciais, Alexy propõe uma diferenciação de conceitos entre democracia representativa e democracia decisionista, advertindo que, embora os juízes não detenham representatividade popular, eles decidem democraticamente, desde que o respectivo procedimento seja permeável ao discurso, e desde que sua decisão prestigie o melhor entre os argumentos apresentados. (ALEXY, 2007, p. 162.)



participação da sociedade civil na regulação da vida coletiva”, por meio da assimilação do discurso e da valorização do procedimento (HABERMAS, 2003, p. 345).

Segundo Habermas, a legitimidade das decisões políticas se mede pela extensão da influência pública sobre os processos decisórios institucionais. Nessa perspectiva a simples análise da substância de uma norma é incapaz de revelar qual o seu enquadramento deliberativo (se se trata de uma norma democrática, ou autoritária).

O que define, pois, se uma decisão política é ou não é democrática, não é o seu conteúdo material, mas a circunstância de os seus destinatários terem participado, ou não, decisivamente de sua elaboração (MARDEN, 2015, p. 162).

A ideia de democracia em Habermas, portanto, está associada à circunstância de que os destinatários da norma são, ao mesmo tempo (e não acidentalmente), também seus autores. Nas palavras do próprio Habermas:

Uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham a tona os melhores argumentos (HABERMAS, 2003, p. 345).

A transposição do argumento central de Habermas para o universo processual não chega a representar uma tarefa propriamente difícil. Inegável parece que, a exemplo do que ocorre com as normas abstratas e com as decisões políticas, a intensidade democrática de uma decisão judicial também pode ser medida pelo grau de colaboração dos atores do processo na construção de seu conteúdo.

No ambiente processual-democrático, a abertura do procedimento à participação influente e efetiva de todos os interessados e expectadores na formação dos atos decisórios é, nesses termos, o modo provavelmente mais eficaz, senão o único, de se viabilizar um diálogo verdadeiro entre processo e democracia<sup>10</sup>.

Relativamente aos domínios do processo civil clássico, essa conformação desponta em tese singela. Nas demandas individuais, não chega ser difícil, ao menos na teoria, garantir que as decisões judiciais emanem de procedimentos argumentativos e dialogicamente

---

<sup>10</sup> Acerca do tema da construção amplamente participada das decisões judiciais Dierle José Coelho Nunes aponta que uma decisão realmente democrática é aquela que decorre de uma construção policêntrica, sendo resultado da interação de argumentação de vários atores (inclusive o magistrado). Por essa razão, o protagonismo subjetivo no processo é visto pelo autor como algo indesejável, quer recaia sobre as partes, quer se concentre na figura do juiz. Segundo ele, o modelo adequado de processo não deve ser nem social, nem liberal, mas sim democrático (NUNES, 2008, p. 239-251)

comparticipados. Até porque, em situações como tais, os titulares do direito material substantivo, em regra, se confundem com os próprios legitimados para a propositura da ação em juízo.

Na lógica do processo tradicional, portanto, para os fins de se alcançar os objetivos de um contraditório democrático, basta, em resumo, abrir-se o projeto de decisão à efetiva e construtiva influência dos atores do processo, eis que são eles – e mais ninguém – os destinatários últimos e diretos do provimento.

A dificuldade aparece, no entanto, com a aproximação do problema à realidade do processo coletivo. Neste, partes e titulares do direito material não se confundem e, eventualmente, como dito no segundo tópico deste trabalho, sequer compartilham iguais interesses e às vezes congregam aspirações opostas.

Nesse aspecto, e a propósito de adequar o art. 10 do CPC as peculiaridades objetivas e subjetivas do processo coletivo, a pergunta que ecoa está em saber qual foi exatamente o sentido dado pelo legislador, em tal dispositivo, à expressão “partes”. Ou seja, quem efetivamente o novo diploma quis proteger quando estabeleceu que nenhum juiz ou tribunal pode decidir com base em fundamento acerca da qual não tenha dado às “partes” a oportunidade de previamente se manifestar?

Para responder a esse questionamento, ou buscar soluções que possivelmente atenuem o impasse que dele necessariamente decorre, é preciso, antes, compreender-se a ideia de interesse jurídico na perspectiva da conflituosidade de massa.

A propósito, a noção clássica de interesse jurídico se associa a uma tipologia própria de demanda, a individual, caracterizada por uma evidente polarização de pretensões subjetivas, e pela coincidência absoluta (em geral) entre as partes do processo e os titulares da relação jurídica de direito material controvertida (CAMBI e DAMASCENO, 2011).

O processo civil, nesse contexto, surgiu para viabilizar a proteção de direitos individuais e para promover a restauração desses mesmos direitos quando violados.

A base do processualismo se sustentava sobre uma matriz liberal e individualista, e o processo, em si, era compreendido simplesmente como o instrumento da jurisdição, ou a ferramenta utilizada pelo juiz para aplicar a lei ao caso concreto.

Sob esse enfoque, a concepção de interesse jurídico atrelava-se a uma ideia restrita e limitada, servindo, tão somente, para justificar eventual intervenção de terceiros em processos



individuais. Nestes, a propósito, poderiam participar e intervir apenas aqueles sujeitos cujas relações diretas com os “litigantes” pudessem ser afetadas pela decisão final.

A massificação da sociedade, todavia, deu origem a novas espécies de relações jurídicas e de interesses, os quais, por sua vez, deram margem a outras formas de conflito, cuja complexidade e cuja dinâmica reclamaram, desde logo, uma sofisticação ampliada das técnicas processuais até então existentes.

Se antes o problema da participação de todos os interessados era algo fácil de ser resolvido, o advento das demandas de grupo transformou essa questão numa autêntica pedra de toque.

Como conciliar o moderno contraditório dialógico e argumentativo, com uma realidade processual em que muitos dos interessados no julgamento não dispõem de meios efetivos para verdadeiramente participarem de sua preparação é, senão o maior, um dos principais dilemas da metodologia coletiva de tutela de direitos.

Se expandir o procedimento coletivo à participação direta e individual de todo e qualquer interessado parece algo tão materialmente impraticável, quanto contrastante com a própria lógica que subjaz o processo coletivo (CAPPELLETTI, 1977, p. 27), excluir ou inviabilizar – sob o mesmo fundamento - a possibilidade de qualquer influência dos titulares jurídicos subjetivos sobre o resultado da demanda é, por outro lado, subverter aos anseios do contraditório e aderir a uma solução antidemocrática.

Esse dilema desafia mudanças no próprio modo de pensar e compreender a sociedade moderna. Para tais fins, é preciso, talvez, buscar em Peter Häberle um novo marco teórico, sem, inobstante, abandonar as premissas democráticas aplicáveis ao processo obtidas em Jürgen Habermas.

Häberle defende que a tarefa de concretizar o direito e a Constituição não pode ser atribuída exclusivamente aos juízes e tribunais, mas a todos que vivem sob o plexo do ordenamento jurídico. Em suas próprias palavras:

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta, ou elemento formador ou constituinte dessa sociedade (HÄBERLE, 2002, p.13).

A adaptação do argumento de Häberle à ambiência do processo de massa induz a uma conclusão de larga pertinência: assim como a efetiva inclusão da sociedade na

hermenêutica constitucional é uma exigência de seu pluralismo, a necessidade de instituição de um modelo democrático de processo coletivo pressupõe a possibilidade de abertura dos respectivos procedimentos à participação não apenas das partes, de seus representantes e dos agentes legitimados, mas também de terceiros, pessoal ou institucionalmente, interessados no desenlace do conflito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob esse viés, e já em direção ao desfecho do presente ensaio, três proposições apontam caminhos constitucionalmente viáveis e em sintonia com a realidade do problema e com as características desse modelo diferenciado de tutela jurídica. Em alusão livre, elas podem ser assim resumidas:

I) instituição de mecanismos de ampliação da legitimidade ativa e de intervenção de terceiros em processos dessa natureza, à semelhança do que previa o art. 20, inciso I, do anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos<sup>11</sup>. A ideia, como era da intenção *de lege ferenda*, seria conferir maior efetividade ao princípio da legitimação adequada, permitindo alternativas de desdobramento da representação subjetiva que pudessem estreitar e reduzir as distâncias entre o agente legitimado e os titulares diretos dos interesses em disputa (o mesmo dispositivo, que não chegou a alcançar vigência, trazia requisitos para aferição da representatividade adequada, tais como credibilidade, capacidade e experiência do legitimado, bem como seu histórico e sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado).

II) estímulo ao alargamento das possibilidades de intervenção de terceiros pelo critério do interesse institucional, facilitando-se a participação de figuras como o *amicus curie*, de modo a não somente admiti-los no processo, mas também inseri-los no próprio eixo de eficácia do contraditório (o terceiro institucional participaria influentemente do procedimento de construção das decisões judiciais em relação às questões e aos aspectos sobre as quais foi chamado a intervir);

III) valorização e incentivo à realização de audiências públicas prévias atribuindo-se ao legitimado ativo o ônus de providenciar a divulgação das datas e a convocação de possíveis

---

<sup>11</sup> “Art. 20. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: I – qualquer pessoa física para a defesa de interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça a sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a) a credibilidade, capacidade e experiência; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses e ou direitos difusos e coletivos; c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.





interessados. As audiências públicas, quanto ao mais, também integrariam o contraditório, de modo que cada participante poderia indicar um representante seu para ser intimado de todos os atos do processo, e para fiscalizar e atuar decisivamente na preparação discursiva e argumentativa dos pronunciamentos.

É óbvio que as sugestões aqui apresentadas não esgotam as possibilidades de democratização do procedimento voltado à resolução de demandas coletivas. Outras propostas há com idêntica vocação e com igual espírito de buscar uma adequação do contraditório às características do processo coletivo, na intenção de garantir uma maior legitimação democrática às decisões judiciais em conflitos de massa, ampliando os meios de participação do maior número possível de interessados na formação dos atos decisórios.

Não obstante os meios e recursos que serão desenvolvidos e efetivamente consolidados nessa direção, o que mobiliza o presente esforço é a necessidade de focalizar na questão do tratamento adequado e democrático dos conflitos de massa, estabelecendo meios hábeis de conformação entre suas potencialidades e os valores e princípios constitucionais do processo, numa perspectiva da tutela jurisdicional coletiva.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007.

CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kléber Ricardo. Amicus Curie e o processo coletivo: uma proposta democrática. **Revista de Processo**. v.192. p.13-44. São Paulo. Ed. RT. fev/2011.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, n. 5, São Paulo, 1977.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, 2.º Volume. 11.ª Edição atualizada. Editora Saraiva. São Paulo, 1996

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista brasileira de direito processual**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, jul./set. 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Eficácia ultra-subjetiva da coisa julgada e a garantia do contraditório. In MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 2002

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia (entre facticidade e validade).** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional.** 2015. 719f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual.** Curitiba: Juruá, 2015

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

MAZILLI, Hugo Nigro. O Processo coletivo e o Código de Processo Civil de 2015. **Revista dos Tribunais.** vol. 958. São Paulo: Ed. RT, ago/2015. p.331-362

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo.** 3ª ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.** Curitiba: Juruá, 2008

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; DALLA BARBA, Rafael Giorgio; LOPES, Ziel Ferreira. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. **Revista Consultor Jurídico.** 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Acesso em 19/12/2018.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. A influência do Contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. **Revista de Processo,** n. 168, 2009, p. 54-65.